

XIV.

Servituten können durch bloßen Vertrag bestellt werden.

Von Dr. A. L. J. Michelsen aus dem Schleswigischen.

Unter die von Commentar zu Commentar, von Compendium zu Compendium tralatitischen, und nur selten angefochtenen Lehrsätze hat bisher auch dieser gehört, daß der Vertrag an sich nicht hinreiche zur Bestellung der Servituten, wenigstens der affirmativen, vielmehr die Uebertragung des Besitzes noch hinzukommen müsse, bevor die Erwerbung derselben vollendet sey. Jetzt hat Schmidtlein [1]) in einer Inaugural-Abhandlung den entgegengesetzten Grundsatz weitläuftig vertheidigt, wobey er uns v. Savigny's, seines hochverehrten Lehrers, Theorie vorgetragen zu haben bekennt. Diese ihren Gegenstand umständlich und genau aus den Quellen entwikkelnde Probeschrift ist aber nicht ohne Widerspruch geblieben, sondern hat dem Herrn Professor Zimmern zu einer eigenen Gegenschrift Anlaß gegeben, welche im vorigen Bande dieser Blätter [2]) mitgetheilt worden ist. Doch aller auf die Widerlegung verwendeten Mühe ungeachtet, kann man nach meiner Ueberzeugung die Schmidtleinische, oder eigentlich Savigny'sche Lehre weder ganz noch theilweise für widerlegt ansehen.

1) Ed. Jos. Schmidtlein de servit. per pact. constituendis. Gotting. 1823.

2) B. 3. N. XVII. „Können Servituten durch Vertrag bestellt werden?"

Diese meine Ueberzeugung will ich in den folgenden Bemerkungen dem die Wahrheit mehr als Plato liebenden Leser zur Beurtheilung vorlegen.

Tief eingewurzelt ist noch bey Vielen das in seiner Entstehung mit den früher über titulus und modus adquirendi herrschenden unrichtigen Ansichten zusammenhängende Vorurtheil, daß der Satz [3]) „traditionibus *dominia rerum*, non nudis pactis transferuntur" für die Erwerbung dinglicher Rechte im Allgemeinen gelte. Um dieß auch gesetzlich zu begründen, namentlich in Ansehung der Servituten, hat man sich vor Allem berufen auf den Ausspruch des Juristen Paulus: [4])

„Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum."

Schmidtlein glaubt, daß in diesem Ausspruche keinesweges ein gültiger Beweis jener Meinung enthalten sey, und Zimmern stimmt, was das Resultat anbelangt, hierin mit ihm überein. Ich muß ebenfalls bekennen, jenen Beweis hierin nicht finden zu können. Denn mir scheint der Jurist in diesem mit der Natur der Obligationen sich beschäftigenden und daher in den Anfang des Titels „de obligationibus et actionibus" gestellten Fragmente durch die Behauptung, daß der Inhalt einer obligatio nicht Eigenthum oder Servitut sey, sondern eine bestimmte Verpflichtung eines Andern zu irgend einem Geben, Thun oder Leisten, wesentlich nichts mehr und nichts anders zu sagen, als was in unsern Rechtsquellen [5]) wiederholt bey Erklärung des Gegensatzes zwischen dinglichem und persönlichem Rechte gesagt ist. Um aber auch ein positives und unbestreitbar für seine entgegenstehende Ansicht redendes

3) L. 20. C. de pact.
4) L. 3. pr. D. de obl. et act.
5) Vgl. Gaj. IV. §. 1. sqq. §. §. 1. 2. I. de act.

Argument anzugeben, beruft sich Schmidtlein auf das Pfandrecht, als auf ein dingliches Recht, welches, den klarsten und zugleich bekanntesten Zeugnissen zufolge, durch bloßen Vertrag, ohne vorangegangene Tradition, erzeugt werde. Dieß Argument sucht Zimmern durch eine Behauptung zu entkräften, welche gewiß der aufgeklärte Praktiker nicht weniger, als der Theoretiker für ein seltsames Paradoxon halten wird. Er erwiedert nämlich, auf Du Roi [6]) sich beziehend („Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio"), daß Pfandrecht sey gar kein eigenes dingliches Recht.

Das Pfandrecht soll kein eigenthümliches Recht seyn. Was ist es denn? — Eigenthum, Servitut, Superficies, Emphyteusis ist es nicht: aber ein durch eine eigene Realklage geschütztes Recht ist es freylich. Doch diese Klage ist eben der Stein des Anstoßes. Durch sie macht man nicht einzelne bestimmte im Eigenthume ursprünglich enthaltene, nunmehr an Dritte übertragene s. g. Nutzungsrechte geltend, sondern fordert dem Besitzer die Sache selbst ab, wie der Eigenthümer. Ganz natürlich, die Klage muß Herausgabe der Substanz bewirken, weil diese nöthigenfalls veräußert werden soll. Das scheint Alles sehr einfach zu seyn: dennoch findet man große Schwierigkeiten. Der Pfandgläubiger soll nämlich die Sache statt des Eigenthümers vindiciren. Wo ist der Beweis dieser gesetzlichen Fiction, wo ist überhaupt ein Grund zu ihr vorhanden? — Die classische Stelle [7]) über den Ursprung der actio hypothecaria sagt davon nichts. Sie lautet so:

Item Serviana et quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur), ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus

6) Archiv. B. 6. S. 2 und 3. N. 14 und 18.

7) §. 7. I. de act.

fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

Hier erfahren wir blos, daß der Prätor für ein einzelnes häufig vorkommendes und praktisch erhebliches Verhältniß, in welchem den faktischen Umständen nach die althergebrachten Institute des Realcredits, fiducia und pignus, nicht füglich Anwendung litten, eine neue absolut wirksame Pfandklage eingeführt habe: actio Serviana. Diese haben Bedürfniß und Auslegung nachher zu einer allgemeinen gemacht: actio quasi Serviana, hypothecaria. Man könnte einwenden, in dieser Stelle sey nur die Entstehung der actio hypothecaria angegeben, nicht aber ihre innere Natur entwickelt, mithin bleibe noch immer die Möglichkeit, daß sie eigentlich nichts andres sey, als eine besondere Anwendung der Klage aus dem Eigenthume. Allein Papinian, — um ein ausdrückliches gewichtiges Gegenzeugniß anzuführen, — sagt bestimmt, daß die Pfandklage als solche mit dem Eigenthume in gar keiner nothwendigen Verbindung stehe:

L. 44. §. 5. D. de usurp.

Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim ususfructus usucapi non potest, ita *persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur*, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.

Eben so bestimmt leugnet er den wesentlichen Zusammenhang zwischen der Pfand- und Eigenthumsklage in

L. 1. §. 2. D. de pignor.

— — — pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit: quoniam *quaestio pignoris ab intentione dominii separatur:* — —

Persecutio pignoris nulla societate dominii conjungitur: dessen ungeachtet wollen die Gegner, daß sie eine Vindica-

tion aus dem Eigenthume des Verpfänders seyn soll.

Zwar kann der Inhalt des Pfandrechtes kein von dem des Eigenthums materiell verschiedener seyn, indem dieses, die zur Einheit verbundene Gesammtheit aller dinglichen Rechte, die vollständigste und totale juristische Unterordnung der Sache unter den Willen des berechtigten Subjectes darstellt. Jenes ist aber, wie die Servitut, ein mit selbstständiger Natur begabtes und in dieser dem Eigenthume entgegengesetztes Verhältniß der Person zur Sache, was nicht nur die bekannten technischen Bezeichnungen: »vinculum, obligatio, nexus *rei*« andeuten, sondern auch mehrfache sehr allgemeine Erklärungen in den Quellen entschieden aussagen, z. B.

L. 19. pr. D. de damn. infect. [8]).

——— sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant: qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

Aus diesem vom Eigenthume gesonderten Wesen und demselben gegenüberstehenden Verhältnisse des Pfandrechtes folgt, daß sein Bestehen, wie das der Servitut, von den Schicksalen des Eigenthums der Sache, auf welcher es haftet, unabhängig seyn muß.

L. 18. §. 2. D. de pignorat. act. [9]).

Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat, ——

Daher kann die Pfandklage noch fortleben, wenn der Verpfänder die res obligata veräußert hat, folglich seine Eigenthumsklage nicht mehr lebt [10]); daher zerstört die nach der Verpfändung eintretende usucapio, wie die oben angeführten

8) Vgl. L. 30. D. de noxal. act.

9) L. 35. §. 1. D. de donat. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. L. 14. 15. C. de pign. L. 19. D. quib. mod. usus fruct.

10) L. 1. C. de prec. L. 13. C. de distract. pign.

Aussprüche Papinian's zeigen, das Pfandrecht des neuern Rechts nicht, was bey dem alten Institute der fiducia anders war, weil hier das Eigenthum selber auf den Gläubiger übertragen wurde [11].

Eine Rechtfertigung jener Theorie vom Pfandrechte scheint darin liegen zu sollen, daß, wie behauptet wird, der Gläubiger, obgleich er nicht Eigenthümer ist, dennoch die Sache selbst veräußert, und dabei so gewiß nur als Stellvertreter des Eigenthümers handelt, daß bekanntlich nur dieser, nicht jener für Eviction haftet. Allein dies Raisonnement, so vorgetragen, ist einerseits unrichtig; andrerseits kann es auf keinen Fall jene Theorie rechtfertigen. Denn was zuvörderst das Haften für Eviction betrifft, so ist hierbey zu erinnern, daß dasselbe in gar keiner innern Verbindung zum Eigenthume steht, sondern, wie überhaupt, so auch hier rein in obligatorischen Verhältnissen begründet ist. Nicht der Eigenthümer ist es, welcher für Eviction haftet, sondern der Verpfänder in Folge des abgeschlossenen Contractes. Uebrigens ist freylich der veräussernde Pfandgläubiger gewissermaßen Stellvertreter des Eigenthümers, jedoch nicht eigentlicher procurator, weder in der Wirklichkeit, noch zufolge einer Fiction des Gesetzes [12]. Er macht sein jus alienandi durch eine absolut wirksame Klage geltend [13], welche daher dieselbe gegen den Verpfänder ist [14], wie gegen jeden Dritten. Sein Veräußerungsrecht, welches, anders als bey der alten fiducia, wobey Eigenthum den Cre-

11) Gaj. II. §. 59. 60. III. §. 201.

12) Gaj. II. §. 64. - - curator rem furiosi alienare potest - - -; *item procurator* - - -; *item creditor pignus* rel. - - §. 1. I. quib. alien. lic.

13) L. 17. D. de pign. „Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori." L. 14. C. de pign.

14) L. 16. §. 3. D. de pign. L. 1. C. de prec. Du Roi behauptet, wenn die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder angestellt werde, so werde aus dem eigenen Rechte des Beklagten geklagt! Vgl. a. a. O. S. 403.

ditor sicherstellte, auf den Verkauf unter bestimmten Formen und Bedingungen eingeschränkt ist, hat einen dinglichen Charakter, indem er nach der ihm durch gültige Verpfändung im voraus (*olim* (Gaj.), *ab initio contractus* (Inst. a. a. O.), zugestandenen Befugniß, um als Nichteigenthümer die Pfandsache rechtsbeständig veräußern zu können, den jedesmaligen Eigenthümer gewissermaßen repräsentiren muß. In diesem Sinne repräsentirt er ihn, ohne und gegen dessen Willen, und zwar nicht blos den Verpfänder und seinen Erben, sondern vielmehr jeden nachherigen Eigenthümer, also auch denjenigen, welcher die Sache durch usucapio erworben hat, folglich auf keine Weise in einem Successionsverhältnisse zum Verpfänder sich befindet [15].

Weil der Pfandgläubiger die Sache statt des Eigenthümers vindicire, glaubt Zimmern, habe er auch die possessorischen Interdicte, ohne daß der Verpfänder den Besitz verliere, den er vielmehr durch seinen Stellvertreter ausübe, obgleich, weil er dem Pfandgläubiger die Interdicte selbst überlassen müsse, der Besitz nur in Hinsicht auf Usucapion nütze. Die Untersuchung des durch die actio hypothecaria des prätorischen Edictes begründeten selbstständig dinglichen Charakters des Pfandrechtes ist von der Frage über die beym pignus ausgebildeten Besitzrechte des Pfandgläubigers gänzlich zu sondern. Selbst das interdictum Salvianum, dessen bey Zimmern keine Erwähnung geschieht, vielleicht deßhalb, weil es sich nicht gut als Abbild der Vindication behandeln ließ, obgleich es doch wohl in seiner historischen und praktischen Bedeutsamkeit zu der actio Serviana sich ungefähr so verhält, wie das interdictum quorum bonorum zu der possessoria hereditatis petitio, hängt mit letzterer nicht zusammen. Daß aber der Schuldner gar keinen Besitz hat, sondern nur hinsichtlich der Usucapion so behandelt wird, als ob er ihn hätte, was aus der Natur und Bestimmung des Pfandvertrages zu erklären

15) Vgl. die oben angeführten Stellen.

ist, zeigen unwiderleglich die von Savigny angeführten und vortrefflich erläuterten Beweisstellen [16].

Nur nach der von ihm angenommenen Theorie, meynt Zimmern [17]) weiter, „war es auch zu erklären, daß gegen die Analogie des Eigenthums und der Servituten nur noch das von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt das an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit hatte, wenn auch der Erwerber in bona fide war, und daß die Klage nicht die Publiciana, sondern die Serviana ist.“ Aber auch auf andre Art ist es oft und leicht erklärt. Nach dem Edicte des Prätors war es nämlich nothwendige Bedingung zur Erzeugung des Pfandrechtes, daß die Sache zur Zeit der Verpfändung im Vermögen des Schuldners sich befand [18]). Daß eine Sache zu meinem Vermögen gehöre [19]), kann ich aber nach neuerm römischen Rechte nur sagen, wenn ich durch eine unmittelbar auf dieselbe sich beziehende Klage sie zu schützen berechtigt bin, also zuerst dann, wenn mir rücksichtlich ihrer die Publiciana in rem actio zusteht. Aus diesem Grunde hat nur noch das von einem bonae fidei possessor, nicht überhaupt das an einer res aliena bestellte Pfandrecht Wirksamkeit. Wird es aber von einem bonae fidei possessor bestellt, so entsteht ein vollgültiges Pfandrecht, mithin auch die Klage, welche dieses verfolgt, und die Publiciana wird also ganz überflüssig. Da ich aber Anderer Rechte [20]) nicht kränken darf und überhaupt nicht mehr geben kann, als ich

16) Recht des Besitzes §. 24.

17) S. 315.

18) „Rem *in bonis* debitoris *esse*“ — „rem ad debitorem *pertinere* eo tempore, quo convenit de pignore.“ vgl, L. 3. pr. L. 15. §. 1. D. de pign. L. 23. D. de probat. L. 6. C. s. aliena res pign.

19) L. 52. D. de adq. rer. dom. L. 49. 143. 181. de V. S. L. 15. de R. I.

20) Vgl. L. 16. 17. D. de Public. in rem act. L. 24. D. de exc. rei judic.

selber habe [21]): so kann mein Gläubiger auch hier sein Pfandrecht nur in dem Umfange geltend machen, welchen mein Recht an der Sache hat, oder, mit andern Worten, seine Serviana muß sich in den meiner Publiciana vorgezeichneten Schranken halten. So spricht sich auch Paulus in L. 18. D. de pign. [22]) aus:

„Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, *sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.*“

Es gibt aber auch einen innern, aus der Natur der Publiciana selbst abgeleiteten Grund, weshalb diese Klage nicht so, wie beym Eigenthume und bey der Servitut, bey dem Pfandrechte Statt haben konnte. Diese nicht „ad instar possessionis“, sondern „ad instar proprietatis“ [23]) vom Prätor geschaffene Klage ist auf eine Fiction der vollendeten Usucapion und des dadurch erworbenen Eigenthums gegründet, weshalb zu ihrer Erzeugung nicht die bona fides allein genügt, vielmehr auch eine justa causa erforderlich ist. Der Pfandgläubiger kann aber nicht animo domini besitzen, da er im Gegentheil nothwendig fremdes Eigenthum anerkennt. In dieser Beziehung sagt Ulpian in L. 13. D. de Publiciana in rem actione [24]):

„Interdum quibusdam nec ex justis possessionibus competit Publicianum judicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones justae sunt, sed ex his non solet competere tale judicium: illa scilicet

21) L. 54. de X. I.

22) Vgl. L. 29. D. de pignor. act. L. 14. D. qui pot. L. 21. §. 1. D. de pign.

23) L. 7. §. 6. D. de Public. in rem. act.

24) L. 13. D. de usurp. „Pignori rem acceptam usa non capimus: quia pro alieno possidemus.“

ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.“

Wir haben gesehen, daß nach Zimmern der Gläubiger als Stellvertreter des verpfändenden Eigenthümers sein Recht ausübe. Wie er aber so weit hat gehen können, zu behaupten, daß bey verpfändeter Forderung nichts Abweichendes gelte, und den Pfandgläubiger lediglich als Cessionar zu behandeln, ist mir in der That unbegreiflich. Er behauptet dieses sogar im entschiedenen Widerspruche gegen seinen Gewährsmann[25], welcher am Schlusse seiner Deduction, freylich nicht recht in Uebereinstimmung mit dem Vorhergehenden, sich dahin erklärt, daß der Pfandgläubiger zwar eine Klage aus dem Eigenthume eines Dritten habe, allein nicht etwa die rei vindicatio dieses Dritten — als Cessionar oder Mandatar —, sondern eine selbstständige, nur ihm allein und nicht dem Dritten, aus dessen Eigenthum geklagt werde, zustehende Klage. Die allermeisten älteren Ausleger des römischen Rechtes, so wie mit und nach ihnen noch heutigen Tags viele Praktiker haben den Fehltritt begangen, das pignus nominis dem eigentlichen dinglichen Pfandrechte im Allgemeinen und Besondern gar zu sehr gleichzustellen. Zimmern hat jetzt einen entgegengesetzten Abweg eingeschlagen, indem er das pignus nominis gleichsam als Normale für das Pfandrecht überhaupt aufstellt, obschon es in unsern Tagen, wenigstens theoretisch, wohl allgemein anerkannt ist, daß in selbigem das Pfandrecht fast ganz von seinem eigentlichen Wesen abweicht. Die Römer haben immer die obligatio in ihrem wahren Begriffe als eine bestimmt begrenzte, theilweise Beschränkung der persönlichen Freyheit rein und sicher aufgefaßt. Daher kann es beym pignus nominis kein jus possidendi und keine actio hypothecaria geben. Dieß Institut ist vielmehr ganz nach der Cession der Klagen zu beurtheilen. Die Klage des Gläubigers

25) Du Roi a. a. O. S. 405. a. E.

ist also hier die dem Schuldner zuständige Personalklage, und zwar nach neuerm Rechte, in welchem das mandatum actionis durch eine allgemeine Fiction als vollzogen angenommen wird, wenn es auch nicht vollzogen wurde, eine *utilis* in personam actio. So bleibt bey dem pignus nominis nur dasjenige vom Pfandrechte bestehen, was aus dem Zwecke desselben, Sicherheit für die Erfüllung einer obligatio zu geben, nothwendig fließt, wovon die wesentlichste Folge ist, daß die Cession eine auf besondere Weise bedingte wird. Diese richtige Ansicht ist in den neuesten Abhandlungen dieses Gegenstandes von Huschke und Gaupp gründlich auseinandergesetzt [26]).

Bey Zimmern ist das Pfandrecht das Recht des Gläubigers, in Bezug auf ein gewisses Objekt die Klage anzustellen, zu welcher unmittelbar nur der Schuldner berechtigt ist. — Der Schuldner ist als Eigenthümer zur rei vindicatio berechtigt. Stellt denn diese auch der Gläubiger an? In L. 16. §. 5. D. de pign. wird hierauf geantwortet:

> „Creditor hypothecam sibi per sententiam ad judicatam quemadmodum habiturns sit, quaeritur: *nam dominium ejus vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest:* — —“

Gewiß hat Zimmern nicht daran gedacht, daß nach seiner Theorie das Pfandrecht im Verhältnisse des Gläubigers zu dem Schuldner den Charakter eines persönlichen Rechtes haben muß. Dasselbe soll nämlich die Ausübung eines fremden dinglichen Rechtes seyn. Zu dieser Ausübung muß man ein eigenes Recht haben nach der Regel [27]): „de suo, non de alieno jure, quemque agere oportet.“ Dieß Recht soll die Verpfändung als ein mandatum agendi et alienandi geben. Ist aber hieraus nicht allein eine persönliche Klage denkbar?

---

26) Huschke de nom. pign. Goetting. 1820. Gaupp de nom. pign. Berol.

27) L. 5. pr. D. si ususfr. L. 123. de R. I.

Die bisherigen Bemerkungen sind, wie ich glaube, hinreichend, um den vorliegenden Versuch, uns mit einer neuen Pfandrechtstheorie zu versehen, als einen mißlungenen darzustellen. Ich wende mich daher jetzt zu dem eigentlichen Gegenstande gegenwärtigen Aufsatzes.

Die von Savigny entlehnte, bey Schmidtlein weitläuftig ausgeführte Entwickelung der vertragsmäßigen Bestellung der Servituten ist im Wesentlichen folgende:

Die allgemeine Bestellungsform für alle Servituten war nach älterem Rechte die in jure cessio. Nur bey den servitutibus praediorum rusticorum, welche res mancipi waren, war auch die mancipatio anwendbar, so daß man also bey diesen unter jenen beyden Formen die Wahl hatte [28]). Regelmäßig mußte demnach die Servitut, um eine nach strengem Civilrechte gültige zu seyn, in jure cedirt werden, so wie man, um strenges, quiritarisches Eigenthum zu übertragen, die res mancipi regelmäßig mancipirte [29]). Gesetzt aber, ich hatte diese Formen nicht beobachtet: was war die Folge? — Hatte ich eine res mancipi, anstatt sie feyerlich zu mancipiren, nur einfach tradirt: so war von mir zwar kein dominium ex jure Quiritium übertragen, aber doch bonitarisches Eigenthum nebst der Publiciana in rem actio. Ein Gleiches fand sich bey den Servituten. Hatte ich nämlich einem Andern, anstatt ihm die servitus an meiner Sache feyerlich in jure zu cediren, blos die Ausübung derselben gestattet: so schützte sie zwar nicht das strenge Civilrecht, aber der Prätor durch die Publiciana, wie aus vielen Pandektenstellen erhellt, z. B.:

L. 11. §. 1. D. de Public [30]).

---

28) Gaj. II. §. §. 29—33. Ulp. XIX. §. 11. Fragm. Vatic. §. §. 45. 47.

29) Gaj. II. §. 25.

30) Vgl. L. 1. §. 2. D. de serv. praed. rust. L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. L. 16. D. si. serv. vind.

„Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci: item rusticorum, nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat.“

Daß die Publiciana aber auch für den Fall der Gestattung von einem Nichteigenthümer galt, folgt aus dem bekannten Wesen und Zweck dieser Klage. — Wir finden demnach eine zwiefache Erwerbungsart der Servituten, eine civile und eine prätorische. Waren diese in den Provincen anwendbar? — An Provincial-Grundstücken war weder mancipatio noch in jure cessio statthaft, folglich auch nicht die in jure cessio der Servituten; denn wie man an diesen kein quiritarisches Eigenthum haben konnte, so auch keine servitus jure constituta. Aber es fand ein dem bonitarischen Eigenthümer ähnliches, dem jus gentium entsprechendes Rechtsverhältniß Statt [31]). Wie hat man dieß bey den Servituten zu Stande gebracht? — Durch die Anwendung des Instituts der traditio mit der Publiciana ist es nicht geschehen, weil diese Klage überhaupt auf den Provincialboden nicht direkt angewandt werden konnte, da sie ursprünglich auf einer Fiction der vollendeten Usucapion und des durch dieselbe gewonnenen strengen Eigenthums beruht [32]). Das Volk oder der Kaiser waren quiritarische Eigenthümer der Provincialgrundstücke, und der einzelne Inhaber konnte es nicht werden [33]). Unnatürlich wäre es daher gewesen, denselben so zu behandeln, als ob er es wäre,

31) Vgl. v. Savigny Recht des Besitzes. S. 83.

32) Gaj. IV. §. 36. Zwar zeigen die Ueberschriften der L. 8. und 13., so wie die L. 12. §. 2. D. de Public. im Allgemeinen diese Anwendung, aber gewiß hatte sie nicht so vorzugsweise Statt, und die Formel war hier wohl ohne jene Beziehung auf das quiritarische Recht.

33) Gaj. II. §. §. 7. 21.

wie es doch in der Publiciana geschieht. Ueberdieß wäre solche allgemeine und unmittelbare Anwendung dieses Instituts unpassend gewesen, weil es für Rom und Italien ein gleichsam nur subsidiäres war und die civilrechtlich gültige Servitut voraussetzte. Viel passender dagegen, aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, und consequent mußte die Anwendung der Haupterwerbungsart, der in jure cessio, erscheinen. Allein in ihrer feyerlichen Form ist sie dem alten, strengen Civilrechte eigenthümlich, und in dieser konnte man sie also nicht gebrauchen. Aber sie hat eine dem jus gentium angehörige Grundlage, nämlich V e r t r a g. Diese benutzte man, wie uns jetzt Gajus (II. §. 31.) bezeugt:

»Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, — — — ceteraque similia jura constituere velit, *pactionibus et stipulationibus id efficere potest;* quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut in jure cessionem recipiunt.«

G a j u s spricht, was den ganzen Zusammenhang betrifft, von den Erwerbungsarten der körperlichen und unkörperlichen Sachen. Nachdem er (§. §. 18—27.) von res corporales gehandelt hat, geht er über zu den incorporales und zwar zuerst zu den Servituten. Die Darstellung der Erwerbungsarten dieser fängt (§. 28.) mit der ausdrücklichen Ausschließung der traditio an, worauf die mancipatio und in jure cessio (§. §. 29. und 30.) abgehandelt werden. Diese beyden Erwerbungsarten werden in unserm §. auf Grundstücke in Italien beschränkt, und sodann wird gesagt, daß man, wenn man an Provincialgrundstücken jura constituiren wolle, es thun könne *pactionibus et stipulationibus.*

Dieß Resultat ließ sich aber auch schon aus mehreren Pandektenstellen herausbringen, und zwar vorzüglich aus

L. 3. pr. D. de usufr. (Gajus.)

„*Omnium* praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit, in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere potest."

Gajus gibt hier an, wie man an allen Grundstücken, also sowohl an den italischen als an den provincialen, einen Nießbrauch bestellen könne. Zuerst nennt er die Bestellung durch Legat. Doch dieß bedurfte einer genauern Auseinandersetzung. Denn das legatum per vindicationem war bey Provincialgrundstücken nicht möglich, da es voraussetzte, daß die legirte Sache im quiritarischen Eigenthume des Testators sich befand [34]. Daher gibt er auch nicht dieses, sondern das legatum per damnationem an durch die Worte: „ut heres jubeatur dare alicui usumfructum [35]." Aber aus diesem Legate entsprang die strenge obligatio des Erben, die res mancipi zu mancipiren oder in jure zu cediren [36]. Dieß paßte nur auf die Grundstücke in Italien und mit italischem Rechte. Aus diesem Grunde erklärt sich Gajus hier näher dahin, daß man die Verpflichtung des Erben durch seine Tradition und Gestattung der Ausübung des Nießbrauches als erfüllt ansehen müsse [37]. Darauf führt er als nichttestamentarische Bestellungsart nicht die traditio an, obgleich er ihrer so eben beym Legate gedachte, vielmehr *pactiones et stipulationes.*

Dasselbe bestätigt, wenigstens zum Theil, Ulpian in L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr., indem er beispielsweise, im Gegensatze des ususfructus jure constitutus, den tradirten durch das „item" einem an einem fundus vectigalis oder einer superficies, deren Innhaber keine domini ex jure Qui-

34) Gaj. II. §. 196. Ulp. XXIV. §. 7.
35) Gaj. II. §. 201. Ulp. XXIV. §. 4.
36) Gaj. II. §. §. 204. 213.
37) Vgl. Savigny a. a. O. S. 447.

ritium waren, nicht civilrechtlich begründeten zur Seite setzt [38]); so wie auch durch L. 25. §. 7. D. de usufr. [39]), wo er den durch Tradition errichteten ususfructus als eine eigene Art neben den durch Stipulation constituirten als eine andre gestellt sah. Ein Zeugniß dafür ist ebenfalls das in L. 3. C. de serv. [40]) uns erhaltene Rescript von Alexander Sever. Somit haben wir das ältere Recht kennen gelernt, und es fragt sich nun, wie sich die Sache bey Justinian gestaltet habe. — Der Unterschied des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums war aufgehoben; die dem strengen Civilrechte eigenthümlichen Formen der mancipatio und in jure cessio waren verschwunden. Es blieben also nur noch für den Verkehr unter Lebenden Tradition und Vertrag als Erwerbungs-

---

38) „Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu: et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, *item* in fundo vectigali, vel superficie, non jure constitutus, capitis minutione amittitur."

39) „Quod autem diximus, ex re fructuarii, vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, *an et si per traditionem, vel stipulationem*, vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri."

40) „Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus, vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint, quae servitutes constituunt; tueri enim *placita inter contrahentes* debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia jure prohibere non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emtores eadem praedia posse." — Zimmern trägt (S. 326.) die Tradition hinein, obgleich ihrer im Texte mit keiner Sylbe gedacht ist, vielmehr die ea, quae servitutes constituunt, durch den Nachsatz lediglich durch Vereinbarungen unter den Partheyen erklärt werden.

arten der Servituten übrig, und die erstere hatte durch das Wegfallen der in jure cessio insofern, als sie dann eintrat, wenn diese verabsäumt war, ihre Wirksamkeit verloren. Welche von beyden erhob Justinian aber jetzt zur Regel? — Das Rechtssystem hatte sich allmählig dem jus gentium angenähert, das Reich bestand durchgängig aus ehemaligem Provincialboden; was war daher natürlicher, als die in den Provincen gebräuchliche Erwerbung durch Vertrag zu der allgemein geltenden zu machen? Die civilistische Consequenz, die Einfachheit dieser Erwerbungsart riethen dazu; und Justinian hat es wirklich gethan. Das zeigt nicht blos die Aufnahme der eben angeführten Fragmente in die Pandekten, so wie der Umstand, daß in zahlreichen von der Servitutenerrichtung handelnden Stellen [41]) die Compilatoren von dem „in jure cedere" nur »in jure" weggelassen, das „cedere" aber beybehalten haben, was nichts bedeutet, als ein vertragsmäßiges Ueberlassen, sondern auch vorzüglich §. 4. I. de serv. und §. 1. I. de usufr. an sich schon, und ganz entscheidend, wenn man sie mit Gajus in seinen Institutionen a. a. O. und in L. 3. pr. cit. vergleicht. In der ersten Stelle heißt es *):

„*Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet.* Potest etiam testamento quis heredem suum damnare vel."

in der andern:

„Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit. Ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: — — —. *Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet.*"

Beyde sind offenbar Gajus nachgebildet. Aber was er in

41) Schmidtlein S. 72.

*) Vgl. Theophil. zu dieser Stelle.

Beziehung auf Provincialgrundstücke als rechtsgebräuchlich („id efficere *potest*") vorgetragen hat, finden wir bey **Justinian** ohne diese Beziehung als allgemeine gesetzliche Regel („id efficere *debet*") ausgesprochen. Viele Ausleger, von der Nothwendigkeit der Tradition ausgehend, haben angenommen, dieselbe sey hier hinzuzudenken. Doch solcher Annahme widerstreitet [42]) nicht allein der ganze Zusammenhang dieser Stellen mit dem alten Rechte und ihre Vergleichung mit den oben erklärten Pandektenfragmenten, sondern auch ihre Fassung und ihr Inhalt selber. Denn die erste gibt allgemein an, wie man, wenn man seinem Nachbaren eine Prädialservitut bestellen wolle, dieß zu Stande bringen müsse; die zweyte führt die Arten auf, wie der Usufructus als selbstständiges Recht vom Eigenthum abgesondert werden könne *). Beyde sagen ausdrücklich, daß Verträge dazu erforderlich seyen, und nichts von Tradition. Wollte man dennoch diese auszeichnen, so müßte man annehmen, daß gerade das Wesentlichste vergessen sey. Denn behauptet man, daß Tradition erforderlich sey, so ist sie kein Nebenstück, das hinzugedacht werden kann, sondern die eigentliche Bestellung selbst, zu welcher die Verträge nur die Veranlassungen sind.

Das Resultat für das Justinianische Recht ist hiernach, daß die allgemeine und regelmäßige Erwerbungsart der Servituten der alleinige Vertrag ist, und die Tradition nur deßhalb in vielen Fragmenten gefordert wird, weil dadurch, nach Analogie des Eigenthums, die actio confessoria Publiciana angewandt werden kann.

Diese, wie mir scheint, einfache und ungezwungene, dem Bildungsgange des römischen Rechtes im Ganzen entsprechende und durch die Quellen des alten und neuen Rechtes im Einzel-

---

42) Vgl. auch **Zimmern** S. 327.

*) Was aber hier vom Usufructus gesagt wird, ist auf die Servituten im Allgemeinen anwendbar. Vgl. L. 3. § 3. D. de usufr. L. 5. D. de serv.

nen begründete Entwickelung der Bestellung der Servituten mittelst bloßen Vertrages nennt Zimmern ein „poetisches Helldunkel“, und erlaubt sich dawider nur einige Fragen und Bemerkungen. Mir sind jetzt wohl einige Antworten und Gegenbemerkungen erlaubt.

Zuerst wird gefragt, warum nicht wenigstens bey den juribus praediorum rusticorum, die durch Mancipation entstehen konnten, die Nothwendigkeit einer nuda traditio übrig geblieben sey? Ich antworte: die Nothwendigkeit der Mancipation fand bey den juribus praed. rust. nicht Statt, daher blieb bey ihnen auch die Nothwendigkeit der nuda traditio nicht übrig. Die dem strengen Civilrechte eigenthümliche Bestellungsform für alle Servituten war die in jure cessio; jene allein konnten ebenfalls mancipirt werden, weil sie res mancipi waren. Die Provincialgrundstücke waren aber nicht res mancipi. Grund- und zwecklos wäre es daher gewesen, bey ihnen die naturale Grundlage jener zweiten Form neben der der ersten fortbestehen zu lassen, was überdieß an sich ganz unnütz wurde, sobald man den Grundsatz angenommen hatte, daß Servituten durch Vertrag erworben werden konnten.

Dann wird bemerkt [43]), eine Tradition sey, wie in der mancipatio, so auch in der in jure cessio enthalten. Zimmern hat, wie die Ausführung dieser Bemerkung zeigt, durchaus übersehen, daß die Frage, ob diese feyerlichen Geschäfte des alten Civilrechtes in ihrer Ausübung eine wirkliche Tradition enthalten, eine ganz andre ist, als die, ob ihnen als Symbolen an und für sich betrachtet die Tradition zur Grundlage diene [44]). Die erste Frage ist eine rein faktische, muß daher aus den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden: wenn z. B. ein entferntes Grundstück mancipirt wurde, so enthielt dieser Act keine wirkliche Tradition; wenn zu der

43) S. 319.
44) Vgl. Gaj IV. §. 131. II. §. 204.

in jure cessio das Objekt selbst im Gerichte gegenwärtig war, so konnte auch die reelle Uebergabe erfolgen, was nicht anging, sobald nur ein dasselbe repräsentirendes Stück da war [45]. Die zweyte Frage dagegen trifft das Wesen der Rechtssymbole selbst; und ihre Verschiedenheit in dieser Rücksicht wird sich aus der folgenden kurzen Vergleichung und Gegeneinanderhaltung beyder ergeben.

Die mancipatio wird von Gajus [46]) wiederholt für eine „imaginaria venditio“ erklärt, und ihr ganzer Ritus zeigt uns den figürlichen Kauf. Derjenige, dem mancipirt wird, nimmt in der auszusprechenden Formel nicht blos das Jus Quiritium an der mancipirten Sache in Anspruch, sondern sagt auch aus, daß sie ihm feyerlich verkauft sey [47]). Der Kaufcontract ist aber nach römischem Rechte zunächst und recht eigentlich auf ein *tradere* gerichtet [48]. Schon hieraus läßt sich abnehmen, daß in der ihren Gegenstand als gekauft voraussetzenden Mancipation eine wesentliche Beziehung auf die Tradition liegen müsse; und das ist in der That so sehr der Fall, daß Cicero [49]) sie eine *traditio nexu* nennt, daß uns von Gajus [50]) gesagt wird: »mancipatio dicitur, quia *manu res capitur*«, daß es vom Mancipanten immer heißt: *rem* mancipio *dat*, vom Empfänger: *rem* mancipio *accipit*. Die Mancipation, gleichsam eine römische Uebergabe

45) Vgl. Gaj. IV. §. §. 16. 17.

46) I. §. §. 113. 119.

47) „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, *isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra.*“

48) L. 3. L. 11. §. 2. D. de act. emt. L. 25. §. 1. L. 28. D. de contrah. emt. L. 4. pr. D. de usur. L. 16. D. de condict. caus. dat.

49) Topic. C. 5.

50) I. §. 121. vgl. Isidor. Orig. V. c. 25. Im Epit. Gaj. I. 6. §. 3. heißt sie manus traditio, oder, nach Aleander's Emendation, manu traditio.

durch strengcivilrechtliche Vereinbarung („traditio alteri nexu"), setzt voraus, daß der Uebergebende den Besitz habe; daher konnten bewegliche Sachen nur mancipirt werden, wenn sie gegenwärtig waren, und nicht mehrere zugleich, als die der mancipio accipiens wirklich apprehendirte, während die Mancipation der Immobilien auch in der Entfernung und von mehreren auf einmal vorgenommen werden konnte [51]), weil bey ihnen, anders als bey den Mobilien [52]), der Besitz zur Zeit der classischen Juristen erst dadurch aufgehört hat, daß die faktische Unmöglichkeit, ihn zu reproduciren, zum Bewußtseyn des vorigen Besitzers gekommen ist und er sich hierbey ruhig verhält [53]). Die Mancipation als Erwerbungsart war auch nur bey wirklich tradirbaren Sachen anwendbar; denn daß die alten jura praediorum rusticorum, die einzigen res incorporales, bey welchen sie Statt hatte [54]), ursprüglich als körperliche Sachen betrachtet wurden, läßt sich aus mehreren in unsern Quellen übrig gebliebenen Andeutungen schließen [55]). Endlich finden wir bekanntlich in den Pandekten in vielen Fragmenten der Alten, welche ohne Zweifel von mancipatio und mancipare redeten, stets traditio und tradere.

Der in jure cessio dagegen liegt kein auf das Faktum der Tradition berechnetes Rechtsgeschäft, sondern der Eigenthumsproceß zum Grunde. Sie ist eine imaginäre Vindication; welches Rechtsmittel aber im eigentlichen Sinne nicht

---

51) Gai. a. a. O. Ulp. XIX. § 6.

52) L. 3. §. 13. L. 15. L. 25. D. de poss.

53) L. 46. L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. eod. Vgl. Savigny a. a. O. §. 31.

54) Gai. II. §. 7. verb. §. §. 19. 28.

55) L. 86. D. de V. S. „Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia?" L. 12. D. quemadm. serv. L. 14. D. de serv. „Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt — —". L. 17. D. de except.

auf Herausgabe und Uebergabe der Sache gerichtet ist, vielmehr unmittelbar auf Anerkennung des an derselben zustehenden Rechtes, so daß die Pflicht der restitutio, die mit der traditio nicht verwechselt werden darf [56]), erst als eine Folge jener vom Beklagten erzwungenen Anerkennung anzusehen ist [57]). Das zeigt sich auch in der Form der in jure cessio. Derjenige, welchem in jure cedirt wird, nimmt an der Sache lediglich das Jus Quiritium in Anspruch [58]); und der Cedent willigt ausdrücklich oder stillschweigend ein. So stellen sich die Partheyen als streitend und sich vertragend dar, und die addictio des Prätors enthält gleichsam eine öffentliche Bestätigung ihres Vergleichs. Demnach ist der dem jus gentium angehörige Inhalt der in jure cessio nichts andres, als der Vertrag. Diesem Wesen der in jure cessio zufolge konnte sie bey Sachen angewandt werden, die weder mancipirt noch tradirt werden konnten, nämlich bey allen unkörperlichen res nec mancipi [59]), außer den Obligationen, in Ansehung welcher es überhaupt nach römischem Rechte keine wahre Singularsuccession gibt [60]); und Gajus konnte sagen, daß das, was man in Italien regelmäßig durch in jure cessio bewirkte, in den Provincen durch Verträge hervorzubringen wäre, und daß die Servituten, welche als res incorporales der Tradition nicht fähig wären, in jure cedirt werden könnten [61]). Daher lesen wir auch bey Justinian in unzähligen Aussprüchen der

56) Vgl. L. 16. D. de peric. et comm. rei vend. L. 8. §. 10. D. mand. — Cuiac. Observ. XI. 19. XIII. 35.

57) L. 9. D. de R. V.

58) Gaj. II. §. 24.

59) Gaj. II. §. §. 28 u. f. Ulp. XIX. §. §. 11. sqq.

60) Gaj. II. §. 38. 39.

61) §. §. 28. 29. „Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Sed jura praediorum — in jure — cedi possunt.“ Uebrigens war der eigentliche Ritus der Vindication, welcher ein Vorzeigen und Anfassen forderte, natürlich bey un-

Pandektenjuristen, welche gewiß von in jure cessio und in jure cedere handelten, nicht etwa traditio und tradere, sondern cessio und cedere [62].

Ferner wird von Zimmern [63]) bemerkt, beym Eigenthume seyen die Requisite der actio Publiciana geringer, als die der civilrechtlichen Vindication, und gefragt: »wie sollte nun bey Servituten umgekehrt die erste Klage durch Tradition bedingt seyn, die letztere bloß durch Vertrag?« Hierauf antworte ich dieses: Justinian fand, nachdem er die regelmäßige Erwerbungsart sämmtlicher Servituten nach strengem Civilrechte, die in jure cessio, abgeschafft hatte [64]), noch den Erwerb durch Tradition vor, welche ausnahmsweise dann nöthig war, wenn man die actio confessoria Publiciana erwerben wollte, und den in den Provincen von alter Zeit her allgemein üblichen Erwerb durch Vertrag. Er ließ die Praxis ungeändert, indem er, weil das Recht am Provincialboden zu seiner Zeit das herrschende war, und der Vertrag jetzt, nachdem die Provincialen unbeschränktes Grundeigenthum erlangt hatten, eine vollgültige Servitut begründete, die Erwerbung der Servituten durch Vertrag zur Regel erhob, und das in einem allgemeinen Bedürfniß begründete Institut der bonae fidei possessio unverändert bestehen ließ, nachdem die an den Usucapionsbesitz geknüpfte Publiciana ihre aus dem Anschließen des prätorischen Edictes an das strenge Civilrecht geflossene Beziehung auf das jus Quiritium verloren hatte [65]. Zimmern wünscht dagegen unter diesen Umständen von Ju-

körperlichen Sachen nicht anwendbar. Es wird hier vor dem Prätor zum Schein die actio confessoria angestellt, und der Cedent widerspricht ihr nicht.

62) Schmidtlein S. 72.

63) S. 320. a. E.

64) Tit. Cod. de nud. j. Q. toll. Tit. Cod. de usucap. transform.

65) Vgl. Gaj. IV. §. 36. mit §. 4. I. de act.

stinian eine Aenderung, nämlich die Gestattung der actio confessoria Publiciana auch ohne erlangten Besitz, weil es doch beym Eigenthum schon Fälle gebe, in welchen die Publiciana ohne vorher gehabten Besitz gestattet werde. Allein, läßt man auch solche Ausnahmsfälle zu, in denen die einzelne Sache nicht besonders tradirt zu werden braucht: so haben diese doch keineswegs die Natur der Klage alterirt, setzen vielmehr selbige nothwendig voraus und fordern individuelle Erklärungen aus ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit.

Nachdem Zimmern[66]) darauf gezeigt hat, daß der in unsern Quellen vorkommende Gegensatz von dominium und possessio juris oder jure und tuitione praetoris bestehender Servitut derselbe sey, wie der von quiritarischem und bonitarischem Eigenthume, behauptet er, daß auf dieselbe Weise, wie in der neuern Zeit nur das in bonis esse, welches durch Tradition erzeugt wurde, übrig blieb, indem dies die Wirksamkeit des civilen Eigenthums erhalten hatte, so sey auch das prätorische Institut der servitus tradita allein im Rechte übrig geblieben. Gegengründe enthält meine obige Darstellung; daher ich sie hier nicht wiederholen will. Doch im besondern Widerspruche mit dieser Darstellung äußert Zimmern[67]), daß die die Begründungsart der Servituten an Provincialgrundstücken darlegende Institutionenstelle von Gajus nur von Bestellung der jura praediorum als Obligationen zu verstehen sey. Allein wenn auch die eigentlichen jura praediorum, wie sie das jus civile anerkannte, nicht außerhalb des italischen Bodens vorkommen konnten, so zeigt doch der Ort, wo jene Stelle sich findet, und die Art, wie Gajus sich ausspricht („in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi — — —, ceteraque similia jura constituere velit —“), ganz klar, daß man an Provincialgrundstücken, an welchen auch kein civiles dominium, aber

66) S. 321. a. E.
67) S. 325.

ein, höchst wahrscheinlich durch die formula petitoria*) geschütztes, Eigenthum Statt hatte, dieselben Rechte haben konnte; so wie ebenfalls der Ausspruch von Gajus in L. 3. pr. D. de usufr. und das angeführte Rescript von Alexander Sever. Ueberhaupt sehe ich in der Annahme eines als Obligationsrecht existirenden jus praedii nichts, als eine offenbare contradictio in adjecto.

Dann soll sich bey der Reservation [68]) der Servituten am entschiedensten die Nothwendigkeit einer Tradition zu ihrer Erwerbung aussprechen, weil bey dem Acte der Tradition des dienenden Objektes selbst die Reservation Statt haben müsse, widrigenfalls man, nach L. 35. D. de serv. u. a., ungeachtet der dem vorangegangenen Vertrage beygefügten reservirenden Clausel, auf eine Personalklage beschränkt sey. — Habe ich bey der Abschließung eines Kaufcontractes über mein Grundstück mir an diesem eine Servitut vorbehalten, so kann ich sie, dem ersten und allgemeinsten Grundsatze [69]) des Servitutenrechtes: „nemini sua res servire potest" zufolge, dadurch noch nicht erworben haben. Denn der Act der Tradition ist erst derjenige, wodurch das verkaufte Grundstück eine res aliena wird. Hierbey muß ich daher nach dem Rechte der Römer, welche das, was seinem Begriffe und Wesen nach zusammenhängt, auch äußerlich in einer und derselben Rechtshandlung zu verbinden strebten, den Vorbehalt aussprechen. Uebergebe ich dem Käufer mein Grundstück frey und unbelastet, so hat er selbiges auch ganz und optima lege erworben. Ziehe ich dagegen bey der Uebergabe etwas ab, so geht dieß auch nicht auf den Empfänger über. Immer aber ist es in diesem Falle die den Umfang der Wirksamkeit der Tradition bestimmende Verabredung, wodurch die Servitut begründet wird, nicht die Tradition selber; und vollständig läßt sich hierauf

*) Vgl. Gaj. IV. §. 91. sq.

68) S. 333.

69) L. 5. pr. D. si ususfr. L. 26. D. de serv. praed. urb.

anwenden, was Gajus II. §. 33. sagt, wo er den bey der Mancipation geschehenen Abzug des Usus fructus, welcher an sich nicht mancipirt werden konnte, erklärt:

„— — non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit [70]."

Endlich finden wir bey Zimmern [71]) auch eine eigene neue Theorie, welche zwar die alte Lehre, die zur Begründung sämmtlicher Servituten Tradition fordert, als richtig voraussetzt, aber doch wesentlich modificirt. Er meint nämlich, daß eine für den Fall, daß man die Ausübung der Servitut stören werde, dem Vertrage hinzugefügte Pönalstipulation schon als die Tradition selbst zu betrachten sey; und beruft sich dafür auf

L. 20. D. de serv. (Javolenus.)

„Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, *per te non fieri quo minus eo jure uti possit:* quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt."

und auf

L. 3. §. 2. D. de act. emt. (Pomponius.)

„Si iter, actum, viam, aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debeo, per te non fieri quo minus utar."

Die Fragmente reden von dem Verkaufe [72]) einer Wegegerechtigkeit und andrer Prädialservituten. Die Verpflichtungen des Verkäufers sollten angegeben werden. Diese bestehen im

70) Vgl. diese Stelle ganz und Fragm. Vatic. §. §. 47. 50. 51.
71) S. 329. u. f.
72) Vgl. die ganze L. 3. cit.

Allgemeinen darin, daß er die vacua possessio der verkauften Sache tradire, und dem Käufer gewähre: licere sibi habere [73]), nicht aber, daß er die Sache mancipire oder in jure cedire [74]). Die traditio vacuae possessionis war bey der verkauften Servitut als einer unkörperlichen Sache im eigentlichen Sinne nicht möglich. Daher sagt Labeo, der Verkäufer habe bloß die promissorische Caution [75]) zu stellen, daß er die Ausübung nicht hindern wolle; Javolenus aber, zu einer Zeit lebend, in welcher die Theorie der quasi possessio ihre volle Ausbildung erreicht hatte, setzt hinzu, man müsse die gestattete Ausübung jener Rechte als traditio possessionis annehmen, und deßhalb seyen auch quasi-possessorische Interdicte gegeben. — Wie läßt sich hieraus die Vertretung der Tradition durch die Stipulation herausbringen? — Solche anzunehmen, verstößt auch gegen alle wahren Begriffe vom römischen Besitzrechte. Würde Zimmern wohl die ebenfalls dem Verkaufe einer körperlichen Sache hinzuzufügende Stipulation wie ein Surrogat der Tradition behandeln? — Und betrachten wir seine Ansicht in ihrer practischen Anwendung, so führt sie nicht minder, als die unsrige, dahin, daß durch alleinigen Vertrag die Servituten begründet werden. Denn die Stipulation ist bey uns verschwunden: folglich bliebe für die Servitutenerwerbung der Vertrag allein übrig, und zwar ein einfacher, da alle jene bey den Römern gebräuchlichen Pönalstipulationen im Allgemeinen weggefallen sind.

---

73) „Neratius ait, et ex emto actionem esse, ut habere licere emtori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio." L. §. 7. sqq. D. de act. emt.

74) Wie derjenige, der sich durch Stipulation zu einem *dare* verpflichtet hatte. Vgl. die in Not. 48) angeführten Stellen. Mit Rücksicht hierauf ist die L. 136. §. 1. D. de verb. oblig. zu interpretiren. S. meine obige Erklärung der L. 3. pr. D. de usufr.

75) Vgl. L. 38. D. de verb. oblig.

Somit ist, hoffe ich, auch das letzte der gegen die von Schmidtlein ausgeführte Lehre Savigny's vorgetragenen Argumente beseitigt. Es bleibt uns also das Resultat: daß der bloße Vertrag allein und an sich zur Begründung und Erwerbung der Servituten hinreicht, und nur ausnahmsweise die Tradition gefordert wird, sobald die actio confessoria Publiciana nothwendig ist, das heißt, wenn die Servitut von einem Nichteigenthümer oder nicht erweislichen Eigenthümer gegeben ist.

XV.

Ueber nicht acceptirte Renunciationen.

Von Herrn Professor Dr. Fritz zu Freiburg.

§. 1.

Unsere Pandektencompendien tragen in dem allgemeinen Theile die Lehre von der Renunciation häufig [1]) auf eine Weise vor, die recht geeignet ist, dem Leser die Meinung beyzubringen: sie sey ihrem Begriffe nach eine einseitige Erklärung des Berechtigten; sie bedürfe mit anderen Worten keiner Acceptation Desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, um den Renunciirenden zu binden, um ihn seines Rechtes verlustig zu machen. Diese Meinung des Lesers wird auch nicht wenig bestärkt durch die Art, wie in dem besonderen Theile in der Lehre von den dinglichen Rechten von dem Verluste dieser durch Re-

1) Anders wird freylich die Sache dargestellt in Thibaut's System des P. R. §. 143; aber eine Vergleichung des §. 634. im A. möchte es zweifelhaft machen, in welcher Ausdehnung jene Stelle zu verstehen sey.